



Universidad de las Américas
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

Extinción de la Acción Penal por Muerte del Investigado y el destino
de los bienes en el Ecuador

Lidia Yasmín Sarabia López

Quito, noviembre de 2023

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN | 3 |
| II. DESARROLLO | 5 |
| 2.1. Aproximación Teórica Al Derecho A La Propiedad | 5 |
| 2.1.1. Aproximación internacional y constitucional..... | 5 |
| 2.1.2. Derecho a la propiedad en el ámbito civil | 6 |
| 2.1.2.1. Formas de adquirir el dominio..... | 8 |
| 2.1.2.2. La sucesión por causa de muerte – Mortis causa o causa mortis..... | 8 |
| 2.1.2.3. Sucesión intestada o abintestato..... | 9 |
| 2.2. Derecho A La Propiedad En El Ámbito Penal..... | 11 |
| 2.2.1. Bienes del investigado | 11 |
| 2.2.2. Bienes del procesado | 12 |
| 2.2.3. Bienes del sentenciado | 14 |
| 2.3. Extinción de Dominio | 15 |
| 2.4. Características | 16 |
| 2.4.1. No es una sanción, tampoco es una pena | 16 |
| 2.4.2. Jurisdiccional..... | 17 |
| 2.4.3. Autónoma e Independiente..... | 17 |
| 2.4.4. Imprescriptible..... | 18 |
| 2.4.5. Intemporal | 20 |
| 2.5. Derecho Comparado | 22 |
| III. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA | 25 |
| IV. REFERENCIAS..... | 27 |
| <i>Libros y artículos</i> | <i>27</i> |
| <i>Cuerpos normativos.....</i> | <i>28</i> |
| <i>Jurisprudencia</i> | <i>29</i> |

I. INTRODUCCIÓN

El ensayo académico analiza el destino de los bienes del investigado, procesado o sentenciado por el delito de Lavado de activos posterior a su muerte y cuestiona la necesidad de una sentencia condenatoria respecto de la actividad ilícita en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio del Ecuador.

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Extinción del Dominio, en la práctica, se han identificado importantes dificultades para la consecución de su objetivo de privar de manera definitiva de los bienes producto de la comisión de delitos.

La privación del Dominio como fue concebida en la ley modelo de extinción de dominio y en otras legislaciones no establece una condena previa en materia penal, de hecho cuestiona las bases mismas del derecho al dominio, de esta manera, no debería suponer un problema ni mayores dificultades el caso de muerte del investigado pues se podría instaurar la acción de extinción de dominio de manera autónoma con resultados viables y altamente efectivos; sin embargo, el reto en nuestro país consiste en extinguir el dominio cuando no ha sido posible sentenciar o condenar al investigado debido a su muerte u otra circunstancia, para este cometido es necesario una reforma de la norma en mención.

Se analizarán las consecuencias de la muerte en derecho civil como en penal, es así que los bienes y capitales que fueron adquiridos por vía civil, aunque de manera fraudulenta, podrían ser transmitidos a los herederos, mientras que en el ámbito penal la consecuencia jurídica es la extinción del ejercicio de la acción en su contra, lo que llevará a preguntarse ¿Cuál es la suerte entonces de los bienes de origen ilícito del que fallece sin sentencia?, ¿Acaso la muerte les otorga licitud a los bienes?, ¿Acaso ya no hay nada más que hacer que esperar que los deudos se repartan el patrimonio que proviene de actividades ilícitas?.

El verdadero reto del derecho como tal consiste en privar de los réditos, patrimonio y ganancias resultantes de actividades ilícitas, conductas prohibidas, no permitidas al ciudadano que decida incrementar su patrimonio a través de la comisión del delito, desde el momento en que un ciudadano decida delinquir se debe asumir que su derecho al dominio nunca existió, circunstancia que debe ser previsible, además que su dominio se encuentra viciado desde el momento mismo en que incrementa su patrimonio u obtiene beneficios económicos o de orden material a partir de la comisión de delitos, sin importar cuánto intente ocultarlo o si los ha distanciado de su verdadero origen o actividad precedente, la consecuencia debe ser la misma: existe nulidad de origen o nulidad *ab initio* y no constituyen justo título los negocios jurídicos por el origen de su adquisición.

El ensayo académico tiene como objetivo general investigar el destino de los bienes de origen ilícito con la muerte del acusado y establecer si el requisito de prejudicialidad para instaurar la acción de extinción de dominio tiene sustento lógico alguno. Con respecto al objetivo general, cabe plantearse los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar legal, doctrinal y jurisprudencialmente el derecho de dominio.
2. Determinar el destino de los bienes producto de un ilícito con la muerte del investigado durante una investigación, instrucción fiscal y post sentencia condenatoria ejecutoriada.
3. Fundamentar la necesidad de eliminar el requisito de la prejudicialidad en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.
4. Revisar y contrastar la ley de Extinción de Dominio del Ecuador con la Ley modelo y otras legislaciones.
5. Establecer los mecanismos para declarar en favor del estado los bienes del investigado que fallece o se ausenta definitivamente de la causa penal por actividad ilícita.
6. Compilar los contenidos necesarios que permitan establecer con claridad la *lege*

ferenda.

7. Establecer propuesta clara de *lege ferenda*.

El tipo de investigación será analítico transversal y el estudio está estructurado de la siguiente manera: (1) se realiza una aproximación teórica al derecho a la propiedad; (2) se desarrolla las consecuencias jurídicas que enfrentará la propiedad del investigado o encausado que fallece tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal; y, (3) se analizará lo concerniente a la extinción de dominio incluso con legislación comparada con la finalidad de establecer la mejor propuesta de *lege ferenda*.

II. DESARROLLO

2.1. Aproximación Teórica Al Derecho A La Propiedad

En este apartado se examina brevemente el derecho a la propiedad; a nivel supranacional, constitucional y civil. Finalmente, se establece con claridad todo lo que concierne a este derecho.

De manera introductoria diremos que es un derecho real, en lo principal por:

“[...] su carácter oponible a terceros: un derecho real se puede oponer a todo el mundo, se puede hacer respetar de todo el mundo, y por eso se dice que es un derecho absoluto, en cuanto los demás deben abstenerse de hacer algo que pueda entorpecer el ejercicio de su derecho.”. (Rocha, 2009, p. 14).

2.1.1. Aproximación internacional y constitucional

En el plano internacional, es necesario remitirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo Art. 17 consagra:

- a. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
- b. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

La normativa transcrita adquiere jerarquía constitucional al tratarse de norma contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos, en igual sentido nuestra carta fundamental reconoce y garantiza en su Art. 66 el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

En esta dimensión constitucional es necesario indicar que el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

A efectos del presente estudio es necesario remitirnos a lo que establece la Ley Modelo de la Extinción de Dominio en cuyo preámbulo acertadamente establece:

“La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas.”

El derecho a la propiedad con rango constitucional establece que con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, además prohíbe la confiscación, es decir quitar la propiedad sin indemnización.

2.1.2. Derecho a la propiedad en el ámbito civil

Habitual e históricamente el derecho a la propiedad posee tres facultades

principales o *summun facultatis: ius utendi*¹, *ius fruendi*² y *el ius abutendi*³, que constituyen el uso, goce y disfrute de la cosa.

En cuanto a las características de la propiedad se dirá que es un derecho real⁴, que es exclusivo o excluyente, absoluto, inviolable, posee una función social, además es perpetuo, en este contexto cabe indicar que la vida del ser humano es finita, pues tiene un principio y un fin, mientras que el derecho a la propiedad no cesa con la muerte del titular, este permanece mientras existe el objeto de su pertenencia, lo que sucede con la propiedad es que se transfiere, es así que la cosa permanece tanto como dure, no se extingue ni desaparece por la muerte de su titular. En otras palabras:

*“A diferencia de la vida del hombre, la propiedad no es temporal. Su duración es ilimitada, se goza in l mine tempore, per saecula saeculorum. Muerto el dominus, la propiedad se transfiere mortis causae e ipso iure vía sucesoria a los herederos, principio de saisine [...], la herencia perpetúa la propiedad. La vigencia de la propiedad depende de la existencia del bien, no de la vida del dominus.”*⁵

De lo expuesto se colige que no existe un plazo o término para dejar de ser propietario, eso nos lleva a establecer que la propiedad se transfiere, como se verá a continuación y en especial se analizar  lo que ocurre con la propiedad a propósito de la muerte de su titular.

¹ Entendido como el derecho a usar de una cosa en conformidad con el ordenamiento jurídico.

² Expresión latina que significa el derecho del propietario de percibir los frutos de su cosa. V. “Fructus”.

³ Expresión latina con la cual se designa el derecho del propietario de un bien a disponer plenamente de él. V. “Abusus”.

⁴ Código Civil. Del Ecuador. Art. 595.- Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

⁵ VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique, Las características del derecho de propiedad. Gaceta Civil y Procesal Civil No. 68 febrero 2019. • ISSN 2305-3259 • P. 76.

2.1.2.1. Formas de adquirir el dominio

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 603 del Código Civil del Ecuador, los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la prescripción y la sucesión por causa de muerte, en esta última nos detendremos por ser de interés de la presente investigación.

2.1.2.2. La sucesión por causa de muerte – Mortis causa o causa mortis

Es un modo de adquirir el dominio que opera a título universal (en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, cuota como la mitad, tercio, quinto) o singular (en una o más especies o cuerpos ciertos).

Con la muerte del titular en Ecuador pueden ocurrir las siguientes formas de adquirir el dominio así tenemos:

2.1.2.2.1. Sucesión testada

Este tipo de sucesión puede ser abierta o cerrada, a continuación una breve precisión:

2.1.2.2.1.1. Sucesión testada abierta

El testamento abierto abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos ante un Notario y tres testigos, o ante cinco testigos. Se realiza a través de testamento válido el mismo que se dará cumplimiento posterior a la muerte, es personal y se debe cumplir con las reglas de sucesión previstas en el Código Civil, en lo principal se puede indicar que es escrito y cuando es solemne y abierto debe otorgarse ante notario y tres testigos, o ante cinco testigos.

2.1.2.2.1.2. Sucesión testada cerrada

Por su parte el testimonio es cerrado cuando la voluntad es aquel que es secreto y se conoce con la muerte del causante. Debe otorgarse ante solamente ante un notario y

cinco testigos, en este acto el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada a sobre cerrado, antes de la ejecución se debe presentar ante el Juez con reconocimiento de firma del notario y testigos.

2.1.2.3. Sucesión intestada o abintestato

Partiendo de lo que se sostiene en la presente investigación se establece que el Estado no sólo es el sobrino favorito, en realidad es el sucesor Universal, ya que de él deriva el derecho a la propiedad, sin embargo la norma civil precautela el derecho a la propiedad, así el causante tiene la libertad de testar y disponer su patrimonio familiar conforme a su voluntad, sin embargo si no lo hace o realiza existe la sucesión intestada de bienes que deja el difunto sin hacer testamento y de igual manera en caso de que lo haya hecho y que no sea válido, en igual sentido se deberán observar los órdenes de sucesión.

En primer orden se encuentran los hijos, quienes excluyen a los demás ordenes de sucesión excepto al cónyuge quien tiene derecho a la mitad, pues la porción conyugal se divide, los padres del causante que vivan tienen derecho a la otra mitad en partes iguales.

En segundo orden de sucesión encontramos a los padres y al cónyuge o conviviente.

Los hermanos heredan cuando el causante no ha tenido hijos ni nietos, ni ascendentes, ni cónyuge.

Los sobrinos heredan cuando el causante no tenga ascendentes, cónyuge o hermanos vivos, pero supongamos que tiene sobrinos entonces tienen derecho al igual que el Estado como sobrino favorito.

Hasta aquí y a manera de corolario diremos que la muerte genera consecuencias o efectos jurídicos respecto de quienes tienen derecho a suceder, sin embargo caso especial ocurre con el patrimonio que en sí constituye causa ilícita⁶, debido a que se adquirió

⁶ Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura

propiedades con un motivo ilícito, la motivación para adquirirlos fue ocultarlos, insertarlos en el tráfico legal alejándolos de su verdadero origen esto es los réditos del narcotráfico, esto contraviene el orden público, lo que se describe constituye en el Ecuador el delito de lavado de activos, pero si el delito ya se comete antes de insertarlo en el mercado inmobiliario al tener, poseer, beneficiarse de dinero proveniente del narcotráfico, lo que se sostiene en el presente trabajo investigativo, es que no hay un derecho real sobre esos bienes inmuebles, por tanto no pudo generarse un contrato como tal, no conviene por tanto analizar los requisitos de validez, debido a que ab initio no hay una obligación por eso no cabe hablar de nulidades y por tanto lo que procede es la figura de extinción de dominio en el momento en que se produce la infracción de la norma, es decir desde que se obtienen los capitales de origen ilícito, lo que constituye delito sin perjuicio de las etapas que comporta la realización del delito como tal, al momento en que se realiza el tipo penal ya debe ser juzgado por la ley penal y posterior se debe activar la extinción de dominio, por tanto no pueden operar los modos de transferir el dominio del código civil al existir ya una acción penal debidamente instaurada, tampoco se podrá suceder de manera legal y debería operar la extinción de dominio.

Una vez que se ha realizado una aproximación conceptual al derecho de propiedad y se ha analizado los efectos de la muerte del causante en el ámbito civil, por descarte del citado ámbito (civil) es necesario analizar las consecuencias del fallecimiento del investigado en el ámbito penal.

liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

2.2. Derecho A La Propiedad En El Ámbito Penal

El Art. 416 del Código Orgánico Integral Penal establece que la muerte del procesado extingue el ejercicio de la acción penal, nótese que se hace referencia al “procesado”, es decir respecto de la persona contra quien se ha formulado cargos y se ha instaurado un proceso penal.

Por su parte el Art. 72 del mismo cuerpo legal establece que la pena se extingue, entre otras, por muerte de la persona condenada, lo que hace directamente referencia al sentenciado y es aplicable también a las penas restrictivas de los derechos de propiedad como son la multa, el comiso penal y la destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción.

Lo que nos lleva a la interrogante de la que partió el presente trabajo investigativo, ¿Cuál es el destino de los bienes del que fallece? Circunstancia que será analizada en tres escenarios:

2.2.1. Bienes del investigado

Primer escenario

Imagine que es Fiscal de la Unidad Especializada Antilavado de Activos de la Fiscalía General del Estado, se encuentra investigando durante ocho meses a un ciudadano que ha incrementado su patrimonio de manera exponencial con capitales de origen ilícito, producto del narcotráfico, su equipo investigativo ya tiene identificados todos los bienes del sospechoso que autoblanquea en el Ecuador, sin embargo un mes previo al acto urgente y posterior formulación o atribución de cargos fallece en un accidente, lo que sucede es que la acción penal respecto del sospechoso ya no puede ejecutarse, es decir ya no se lo puede procesar, en consecuencia los bienes se someterían a una sucesión por causa de muerte, en los órdenes y bajo las reglas Código Civil.

Este escenario es devastador, debido a que la normativa legal vigente priva al Estado de la posibilidad de extinguir los bienes sin el requisito de prejudicialidad, además que es real y posible que por cuanto no se ha instaurado un proceso penal en contra del investigado por su muerte o por ausencia definitiva, se legalicen sus fortunas por vía civil.

2.2.2. Bienes del procesado

Segundo escenario

Ahora imagine que es Fiscal de la Unidad Especializada Antilavado de Activos de la Fiscalía General del Estado y se encuentra investigando durante once meses al mismo ciudadano, Usted solicita orden de allanamiento y boleta de detención en contra del sospechoso, procede a ejecutar el acto urgente y consecuentemente formula cargos, solicita medidas cautelares personales y reales, estas últimas respecto de los bienes del procesado por ejemplo la incautación, durante la etapa de instrucción fiscal el procesado fallece en un accidente, la acción penal en su contra se extingue y así lo establece el Juez de Instrucción, por tanto nunca pudo obtener una sentencia condenatoria en su contra que disponga el comiso penal, los bienes siguen inmovilizados de manera cautelar, pero la cautela tiene como características la provisionalidad, instrumentalidad y revocabilidad, entonces la situación jurídica de los bienes que se encuentran con medida cautelar no puede variar pues no se los puede devolver debido a que aún siguen siendo el objeto material de la infracción, tampoco se va a poder resolver nada sobre ellos, tampoco se podrá iniciar un acción de extinción de dominio, en los términos previstos en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio del Ecuador, la norma penal tampoco contiene prescripción normativa que marque la clara actuación que se debe observar en este escenario.

En cuanto a la incautación el Código Orgánico Integral Penal establece:

“Art. 557.- Incautación.- La o el juzgador a petición de la o el fiscal, podrá

disponer la incautación de conformidad con las siguientes reglas:

[...]4. La incautación se mantendrá hasta que la o el juzgador emita la resolución definitiva.

5. En caso de que a la persona se le ratifique su inocencia, se le devolverá los bienes que están bajo administración temporal.

6. Una vez dictada la sentencia condenatoria, en caso de infracciones de lavado de activos, terrorismo y su financiación, trata de personas, tráfico de migrantes y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, todos los bienes, fondos, activos y productos que proceden de estos, que han sido incautados, serán transferidos directamente a propiedad del Estado y podrán ser vendidos de ser necesario.”

Entonces este escenario constituye una situación peligrosa, y coloca al Estado contra la espada y la pared, debido a que por un lado el hecho de la muerte del procesado no deriva u otorga legalidad a aquellos bienes adquiridos con capitales de origen ilícito y retenidos mediante una cautelar real, pero tampoco permite la normativa actual que opere la extinción de dominio por el requisito de condena previa.

Con algunos matices, este escenario es de la vida real, ocurrió en la causa penal No. 09286-2022-01642, la muerte del procesado Leandro Antonio Norero Tigua (+) acaeció en un centro de privación de la libertad mientras se encontraba con prisión preventiva por un presunto delito de lavado de activos, ventajosamente no fue el único procesado dentro de la referida causa. Causa que se pudo conocer de cerca al ser la Agente Fiscal que formuló cargos y que ha sido la encargada del conocimiento, trámite y sustanciación.

La referida causa nace a partir de una investigación por el presunto delito de lavado de activos, las dificultades a las que se ha enfrentado la Fiscalía en cuanto a la privación definitiva de los bienes nacen de la propia Ley Orgánica de Extinción de Dominio, sin dejar

de lado que muy poco se ha podido hacer respecto de los bienes que se encuentran a nombre de testaferros, hay una gran cantidad de bienes que se encuentran a nombre de los familiares, a nombres de empresas o a nombre de personas que han prestado su nombre a cambio de una compensación monetaria, quienes han comparecido al proceso a rendir su versión sin poder justificar las transacciones de compra y venta de los inmuebles y que tampoco tienen el perfil económico para haber participado en dichas transacciones.

Este caso considerado insigne en la lucha frontal contra el narcotráfico, debido a que en los actos urgentes simultáneos se encontraron:

Joyas con un avalúo pericial de 2'363.637,85 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Lingotes de oro con un avalúo de 1'297.961,18 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Más de 6'000.000,00 de dinero en efectivo.

Sin dejar de lado todos los bienes inmuebles y muebles identificados dentro de la investigación.

Y se cita el caso porque es el claro ejemplo de que el estado no puede proteger en primer lugar los bienes adquiridos de manera ilícita, esto es producto del narcotráfico (bienes con vicio originario, derecho aparente⁷); y, en segundo lugar tampoco se puede proteger los bienes que tienen destinación ilícita, pues dentro de la investigación se logró determinar que el ciudadano Leandro Norero financiaba grupos y estructuras criminales.

2.2.3. Bienes del sentenciado

Tercer escenario

Finalmente, imagine el mismo caso, el mismo ciudadano, sin embargo, en esta

⁷ Sentencia C-740/2003. Corte Constitucional Colombia.

ocasión es sentenciado por el delito de Lavado de Activos, tipificado y sancionado en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 317, se le impone la correspondiente pena privativa de libertad, y las penas correspondientes restrictivas de los derechos de propiedad de multa y comiso penal, la sentencia causó ejecutoria. En este caso el comiso penal podrá aplicarse satisfactoriamente al existir la sentencia que así lo establezca, en cuyo caso ya no habría necesidad de que exista la Extinción de Dominio.

Son el primero y el segundo escenario en los que el derecho actualmente no brindan certezas, la norma no contempla al momento una solución jurídica adecuada, no es posible que el legislativo proteja la propiedad generada a partir de actividades ilícitas, tanto más que sus herederos podrán tomar posesión efectiva y disfrutar de capitales que atentan contra las sociedades como en el primero y segundo escenario, a los que tampoco resulta aplicable un comiso penal, pues la norma textualmente establece:

“Art. 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad.- Son penas restrictivas de los derechos de propiedad:

*[...] 2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos. **En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso [...].**”⁸*

2.3. Extinción de Dominio

Una vez que se han analizado los escenarios posibles en materia penal que motivan el presente trabajo investigativo, se procede a analizar la extinción de dominio que constituye una excepción a la garantía constitucional del derecho de propiedad, es una acción de orden patrimonial que implica la pérdida de la titularidad de los bienes por las

⁸ Código Orgánico Integral Penal.

causas establecidas en la ley.

Se la ha definido como una acción in rem, del latín que hace alusión a la cosa en sí, es decir se dirige contra un artículo o cosa de propiedad, por tanto no es una acción contra las personas, su finalidad es privar a la delincuencia de los bienes o capitales de origen o destinación delictiva, basada en que es una adquisición realizada antijurídicamente y que nadie puede beneficiarse de su propio delito.

La Ley Modelo de Extinción de Dominio la define en los siguientes términos:

“Artículo 2. Concepto. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.

La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso.”

2.4. Características

2.4.1. No es una sanción, tampoco es una pena

Esta investigación contempla como punto de partida lo que establece la Ley Modelo sobre extinción de dominio, de este modo queda establecido que es una consecuencia patrimonial. Se reitera que la acción se dirige contra los bienes no contra las personas.

Además acertadamente se dirá que:

[...] en la extinción de dominio, a diferencia del comiso penal, la conducta delictiva no constituye su principal fundamento, pues el delito tan solo se valora desde la perspectiva objetiva y general de una actividad ilícita, la cual es considerada como uno de los elementos estructurales de las causales o presupuestos

*de extinción de dominio, pero nunca como su eje principal. Como se mencionó anteriormente, la extinción de dominio se adscribe a otras fuentes jurídicas, prevalentemente de orden constitucional, pues parte del reconocimiento de los límites inmanentes del derecho a la propiedad privada dentro del marco de respeto de los principios y valores ético sociales.[...]*⁹

2.4.2. Jurisdiccional

Pues debe ser emitida en el marco de un proceso con observancia de un debido proceso, que implica en lo principal la posibilidad de defenderse y debe ser conocida y ordenada por juez competente.

2.4.3. Autónoma e Independiente

Debe ser autónoma e independiente respecto de otro proceso o materia, así lo establece además nuestra Ley Orgánica de Extinción de Dominio, en los siguientes términos:

“Art. 4.- Naturaleza jurídica.- La extinción de dominio es patrimonial, autónoma, distinta e independiente de cualquier otro proceso o materia, y prescribirá luego de transcurridos quince (15) años contados desde la fecha en que se adquirió el bien o bienes sujetos al proceso de extinción de dominio.”

Sin embargo, el artículo transcrito en el Ecuador queda en mero enunciado, pues si se continúa al artículo 7 de la misma norma concluiremos que existe evidente contradicción de la mentada independencia al requerir sentencia previa de la actividad ilícita en materia penal, misma que se transcribe a continuación:

“Art. 7.- Definiciones.- Para la aplicación de la presente Ley, se tomarán en

⁹ SANTANDER ABRIL Gilmar. "La emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y Otras formas de Comiso Ampliado". Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial" 5ta edición. OEA. Global Printing. P 494

cuenta las siguientes definiciones:

*a) Actividad ilícita.- Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Integral Penal de: concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y tráfico de personas, establecidos **mediante sentencia condenatoria ejecutoriada**.”. El resaltado me corresponde.*

La Ley Modelo, de manera acertada, establece:

“Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá como:

a. “Actividad ilícita”: Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley.”

Al, insertar el requisito prejudicial en nuestra Ley Orgánica se le despoja totalmente de eficacia práctica a los tan anhelados fines para los cuales fue concebida, su utilidad se reduce a cero y el resultado actual es que la extinción de dominio en los términos legislativamente concebidos se equipara al comiso penal.

2.4.4. Imprescriptible

La ley modelo en su Art. 4 establece que la acción de dominio es imprescriptible.

Sobre este respecto la Corte Constitucional del Ecuador, ante la objeción al proyecto de ley del Presidente de aquel entonces, textualmente dictamina:

“El establecimiento de plazos de prescripción coadyuva a garantizar la certidumbre en el derecho, especialmente cuando se trata de aspectos sancionatorios, porque libera a las personas de la pendencia indefinida e ilimitada de un riesgo de gravamen, de sanción o de pérdida o limitación de derechos por parte del Estado. [...] De ahí que los plazos de prescripción contribuyen a evitar

que mecanismos adjetivos, desgastados por el excesivo transcurso del tiempo, sean empleados en detrimento de los derechos de las personas.”¹⁰

Argumento que resulta contrario y errático a lo que se sostiene en la presente investigación, pues el paso del tiempo no otorga legitimidad a un acto o contrato ni torna legítimos los bienes o capitales, lo ilícito es y será así, por mucho que se intente alejarlo de su verdadero origen, por mucho que se esfuercen en ocultarlo, y por más que pase el tiempo.

Tanto más que ya se ha establecido que la extinción de dominio no es una sanción ni una pena, es privar a la delincuencia del producto de actividades ilícitas, del lucro obtenido con sangre, con destrucción de familias enteras por adicciones, de la corrupción que no permite a los estados desarrollarse y brindar a sus habitantes mejores condiciones de vida; para entregarlas al estado sin ningún tipo de compensación.

Y en este mismo orden de ideas, se establece que:

“El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como frente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades...”¹¹

Lastimosamente, nuestra Corte Constitucional concluyó que el carácter imprescriptible de la acción de extinción de dominio es inconstitucional por ser incompatible con el derecho a la seguridad jurídica.

¹⁰ Dictamen No. 1-21-OP/21. Corte Constitucional del Ecuador. Marzo 17 de 2021.

¹¹ Sentencia C-389 de 1994. Corte Constitucional Colombiana.

2.4.5. Intemporal

Implica que es independiente del paso del tiempo o de los límites temporales.

Esto implica que se puede declarar extinguido el derecho de dominio en cualquier tiempo incluso si la ley de extinción de dominio ha sido promulgada con posterioridad.

Por otra parte la retrospectividad consiste en la posibilidad de aplicar una norma con anterioridad a su vigencia a situaciones jurídicas en curso, que no se han consolidado y que no han generado derechos.

Respecto de la retrospectividad en el proyecto de ley de extinción de dominio la Corte Constitucional del Ecuador se pronuncia en los siguientes términos:

“De ahí que, a juicio de esta Corte, la definición de retrospectividad prevista en el Proyecto de Ley en realidad no es tal, sino que, por el contrario, constituye una retroactividad ilimitada.

A partir de las disposiciones del Proyecto de Ley, un bien que en cualquier momento del pasado –desde la fundación misma de la República– haya sido obtenido en contravención del ordenamiento jurídico, pasaría a ser susceptible de la acción de extinción de dominio. En consecuencia, el Estado podría declarar extinto el dominio sobre ese bien, independientemente de cuánto tiempo haya transcurrido, de las sanciones que hayan existido en el momento en que se adquirió el bien jurídico o de cuántos terceros de buena fe hayan adquirido la propiedad posteriormente. Si a esto le sumamos la pretendida imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio, el resultado sería una persecución infinita a la propiedad de las personas hacía el pasado y hacía el futuro, expandiendo desmesuradamente la capacidad sancionatoria del Estado respecto del patrimonio de las personas.”¹²

Y concluye diciendo:

¹² Dictamen No. 1-21-OP/21. Corte Constitucional del Ecuador. Marzo 17 de 2021.

“Toda vez que el artículo 14 literal c) del Proyecto de Ley permite la aplicación retroactiva de una sanción patrimonial, este resulta contrario a la seguridad jurídica contenida en el artículo 82 de la Constitución y al principio de legalidad contenido en el artículo 76 numeral 3 del texto constitucional. Por lo anterior, la Corte declara la inconstitucionalidad del artículo 14 literal c) del Proyecto de Ley, por conexidad con el artículo 4 del Proyecto de Ley.”¹³

Lo manifestado por la Corte Constitucional no corresponde a una verdad práctica, el Estado no pretende plantear la acción e extinción de dominio de manera infinita ni de manera persecutora, como se ha sostenido es un régimen excepcional que debe aplicarse en casos concretos cuando se verifican estructuras criminales cuya sofisticación y la gravedad de sus conductas tornan en la necesidad de tener mecanismos idóneos para privarlos de los capitales ilícitos que incluso les dan gran capacidad de operación.

La idea tampoco es una expansión desmesurada de la acción, este argumento tampoco constituye fundamento jurídico suficiente respecto de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio, pues no es un mecanismo persecutor, no es tampoco una confiscación, como se sostiene lo que se requiere es no dar protección jurídica a lo ilícito en cualquier momento en el que el Estado lo requiera para lo cual se instaurará un proceso con derecho de audiencia, con inmediación y con todas las garantías que asisten a los ciudadanos que se encuentran sometidos a un proceso de cualquier índole.

Las características actuales de la extinción de dominio son una respuesta a cada una de las limitantes¹⁴ (Santander, 2018, p. 49) que tenía el Estado para hacer

¹³ *Ut supra.*

¹⁴ Santander Abril, G. G. (2018) La Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las causales extintivas [Tesis de Maestría Universidad Santo Tomas en convenio con la Universidad de Salamanca]

frente a la criminalidad organizada, transnacional, con poder económico y político incluso.

2.5. Derecho Comparado

En el presente trabajo investigativo se hará referencia en un primer momento a la acción de extinción de dominio en Colombia, se dirá pues que es una acción constitucional, a su vez judicial autónoma con fundamento en la protección constitucional del derecho de propiedad.

a. Colombia

Se puede indicar que a partir de la Constitución de 1991 se instauró en el vecino país la extinción de dominio de los bienes adquiridos con enriquecimiento ilícito.

El primer desarrollo legislativo en materia de extinción de dominio fue la Ley 333 de 1996, se establecieron las causas para que opere sin embargo resultaron poco precisas e inaplicables.

“Es oportuno recordar que antes de la expedición de la primera ley de extinción de dominio (1996), muchas fortunas ilícitas ya se habían consolidado. Importantes capos del narcotráfico habían muerto, como Gonzalo Rodríguez Gacha (1989), Pablo Escobar Gaviria (1993), José Santacruz Londoño (1996), entre otros; por lo tanto, se había extinguido la acción penal a su favor, con lo cual, sus patrimonios ilícitos estaban pendientes de —legalización o se habían —legitimado por vía de sucesión civil.”¹⁵

En 1997 a nivel jurisprudencial se estableció el carácter constitucional de la acción separándola de la acción penal.¹⁶

Desde el año 2002 el Congreso de Colombia tramitó la Ley 793 del 27 de diciembre

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13246/2018gilmarsantander.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹⁵ Op. Cit. p. 47.

¹⁶ Sentencia C-409/1997, Corte Constitucional Colombia.

de 2002. A partir de dicho año ya se realizaron los esfuerzos por: “(i) *independizar la extinción de dominio de la responsabilidad penal; (ii) eliminar reglas de prejudicialidad, (iii) abolir la posibilidad de interponer excepciones previas y algunos incidentes procesales; (iv) prohibir acumular los procesos de extinción de dominio con los procesos penales o de otra naturaleza; (v) reducir los términos procesales; (vi) darle prelación al trámite de la acción de extinción de dominio en los despachos judiciales y (viii) introdujo estímulos por colaboración con la justicia.*¹⁷

A nivel jurisprudencial se ha establecido que la extinción de dominio es una acción de rango constitucional distinta de otros mecanismos que son limitantes del derecho a la propiedad como la expropiación o el decomiso.

En 2014 se expide la Ley 1708, esto es el Código de Extinción de Dominio, cuyos cambios más trascendentales se procede a sintetizar:

La precisión del concepto de extinción de dominio (art. 15) como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, que consiste en la declaración mediante sentencia de titularidad a favor del Estado de los bienes, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

Con el objetivo de suministrar coherencia al ordenamiento jurídico en esta materia, se introducen principios generales del proceso, con la pretensión de construir un auténtico sistema de normas para la extinción del derecho de dominio.

El procedimiento de la extinción de dominio mantiene una estructura básica, que consta de dos etapas: una, inicial o pre procesal preparatoria, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, reservada para los afectados; y otra de juzgamiento, a cargo de jueces de extinción de dominio, durante la cual los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos que se establece para tal fin. Una vez terminada la fase

¹⁷ Sentencia C-958-14, Corte Constitucional Colombia.

inicial, el fiscal puede emitir una resolución de archivo del proceso por considerar que no concurre causal alguna de extinción o caso contrario, emitir una resolución de fijación provisional de la pretensión de extinción.

El Código prevé la posibilidad de decretar de manera excepcional medidas cautelares, con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita.

De igual modo, el nuevo estatuto prescribe un procedimiento abreviado con un régimen de beneficios, cuando el afectado manifiesta por escrito su voluntad de renunciar al derecho a oponerse, previo reconocimiento expreso de que sobre el bien concurren los presupuestos de una o varias de las causales de extinción de dominio y desiste de presentar oposición.

Se crea un control de legalidad posterior, judicial, reglado y rogado para aquellos actos y decisiones de la Fiscalía General de la Nación que afecten derechos fundamentales, el cual podrá ser solicitado por el titular del derecho que hubiere sido afectado o limitado, por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Se crea una acción de revisión para la extinción de dominio, la cual permite revisar aquellas sentencias en firme, sobre las cuales se pueda considerar que fueron producto de falso testimonio, fraude procesal, actos de corrupción de servidores público u otros delitos.

La Ley 1708 de 2014, en su artículo 203, contempla un régimen de cooperación judicial internacional en materia de extinción de dominio con el fin de potenciar las investigaciones transnacionales y la persecución de bienes vinculados con actividades delictivas.

b. España

España por su parte tiene las figuras de Decomiso sin sentencia y con sentencia, no

tiene la figura de acción de extinción de dominio.

La investigación penal (fase de instrucción) es competencia de los juzgados de instrucción o, dentro del ámbito de competencias de la Audiencia Nacional, de los juzgados centrales de instrucción.

La Fiscalía puede llevar a cabo investigaciones pre procesales dentro de las denominadas diligencias de investigación penal que, de no ser archivadas, tendrán que ser remitidas al juzgado de instrucción para la fase de instrucción propiamente dicha.¹⁸

El ámbito es netamente penal pero no habría necesidad de una acción de extinción dado que permite el decomiso sin sentencia.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

1.- La acción de extinción de dominio responde a principios éticos sociales y consiste en despojar de los réditos de las más graves formas de criminalidad, para lo cual el requisito de sentencia previa deviene en un despropósito y equipara a la acción a un comiso penal, conforme a nuestra normativa legal vigente.

2.- En el ámbito civil el derecho a la propiedad deriva del Estado y no se puede suceder ni transferir la propiedad adquirida con capitales de origen ilícito, porque el Estado no puede reconocer, tutelar o proteger lo ilícito, la consecuencia jurídica debe ser el despojo de estos capitales por parte del estado a través de una declaratoria en favor del propio Estado por parte de autoridad competente y con un debido proceso.

3.- En el ámbito penal la muerte del investigado y del procesado no permiten tener un comiso penal, por tanto no hay solución jurídica claramente establecida que brinde certeza a los operadores de justicia y en general a quienes está dirigida la norma respecto del destino de

¹⁸ Véase Guía de Cooperación en Materia de Extinción de Dominio, Decomiso y Recuperación de Activos. AIAMP.

los bienes del acusado que fallece sin obtener sentencia, salvo el caso de que existan coacusados que no han fallecido a quienes se logre sentenciar, por ejemplo, por un delito de lavado de activos en cuyo caso se podría analizar la pertinencia de activar una causa de extinción de dominio.

4.- Lo que se adquiere de manera ilegal no puede aspirar una protección legal ni siquiera por el paso del tiempo, pues su transcurso no otorga legitimidad a lo ilegítimo. No se puede fomentar el incremento patrimonial de origen ilícito mucho menos actuar al margen de la ley.

5.- Actualmente en el Ecuador, al caso del procesado que fallece previo a la obtención de una sentencia le es inaplicable la acción de extinción de dominio respecto de sus bienes por el infundado requisito de prejudicialidad, por tanto, una reforma legislativa es imperante y resulta urgente.

6.- La mentada independencia de la acción de extinción de dominio es mero enunciado en los términos en que la norma se encuentra actualmente redactada.

7.- El Estado debería tener la capacidad de iniciar una acción de extinción de dominio de manera paralela al inicio de una investigación penal, o en cualquier momento que lo requiera, siempre y cuando se realice a través de un proceso revestido de todas las garantías.

Sobre la base de lo expuesto, de manera fundamentada se propone:

Lege lata

Lo que se sostiene en el presente trabajo investigativo es que la exigencia de sentencia condenatoria ejecutoriada que corresponde a la redacción de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio carece de todo fundamento fáctico y jurídico.

“Art. 7.- Definiciones.- Para la aplicación de la presente Ley, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

a) Actividad ilícita.- Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Integral Penal de: concusión, cohecho, peculado,

enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y tráfico de personas, establecidos mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.”

Lege Ferenda

Consecuentemente suprimase la frase “establecidas mediante sentencia condenatoria ejecutoriada” del Art. 7 letra a) de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. El Artículo reformado quedaría redactado de la siguiente forma:

“Art. 7.- Definiciones.- Para la aplicación de la presente Ley, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

a) Actividad ilícita.- Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Integral Penal de: concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y tráfico de personas.”

IV. REFERENCIAS

Libros y artículos

Rocha, A. “Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira. Primera edición: Bogotá, D.C., julio de 2009.

Santander Abril, G. G. (2018) La Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las causales extintivas [Tesis de Maestría Universidad Santo Tomas en convenio con la Universidad de Salamanca] <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13246/2018gilmarsantander.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Santander, A. “La emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y Otras formas de Comiso Ampliado”. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial” 5ta edición. OEA, 494

Varsi, E. (2019). Las características del derecho de propiedad. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 76.

Cuerpos normativos

Asamblea Nacional Constituyente (2018). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial 180, Suplemento, del 14 de febrero de 2018.

Congreso Nacional (2009). Código Civil (2005). Registro Oficial Suplemento No 58 de 12 de julio de 2005.

Asamblea Nacional (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.1

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2011). Ley Modelo de Extinción de Dominio. Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, abril de 2011. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj9kJ-awdGCAXVOSzABHUTkDs4QFnoECAkQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.unodc.org%2Fdocuments%2Flegal-tools%2Fley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf&usg=AOvVaw1hsaKkeeHofUnSd6h1OjF8&opi=89978449

Asamblea Nacional. (2021). Ley Orgánica de Extinción de Dominio. Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 452, de 14 de mayo de 2021.

Jurisprudencia

Dictamen de constitucionalidad proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio del

Ecuador No. 1-21-OP/21. (Corte Constitucional del Ecuador, marzo 17 de 2021).

Sentencia C-389 de 1994. Corte Constitucional Colombia.

Sentencia C-409/1997, Corte Constitucional Colombia.

Sentencia C-740/2003. Corte Constitucional Colombia

Sentencia C-958-14, Corte Constitucional Colombia.